



Conseil constitutionnel

2, rue de Montpensier
75001 Paris

A l'attention de :

Monsieur le Président du Conseil
Mesdames et Messieurs les
membres du Conseil

Paris, le 3 août 2021

Par courriel

Objet : Contribution extérieure à la saisine 2021-824 DC concernant le projet de loi du 25 juillet 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs les membres du Conseil,

Au nom du Cercle Droit & Liberté, nous avons l'honneur de vous faire parvenir une contribution extérieure dans le cadre de votre examen *a priori* du projet de loi relatif à la gestion de la crise sanitaire adopté en session extraordinaire le 25 juillet 2021 (le « **Projet de loi** »).

Notre association de loi 1901, regroupe près de 500 étudiants et professionnels du droit et a pour objet la défense et la protection des libertés publiques et individuelles des citoyens français.

Ce Projet de loi vient porter atteinte à de nombreux droits et libertés (liberté du commerce et de l'industrie, liberté du travail, liberté d'aller et venir, droit au respect de la vie privée, etc) ce que d'autres contributeurs n'ont pas manqué de relever. Souhaitant contribuer efficacement au débat, nous nous contenterons dès lors dans cette contribution d'aborder les points suivants :

- I. L'application extensive de l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé
- II. L'atteinte au principe de fraternité
- III. Le non-respect du principe de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Espérant que les développements ci-dessous pourront servir votre analyse, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil, l'expression de notre plus haute considération.

Me Thibault Mercier

Président du Cercle Droit & Liberté
Avocat au barreau de Paris

M. Guillaume Leroy

Responsable du pôle affaires publiques
Docteur en droit

I. Une application extensive de l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé

« les objectifs de valeur constitutionnelle ne sont pas des droits mais des buts assignés par la Constitution au législateur, qui constituent des conditions objectives d'effectivité des droits fondamentaux constitutionnels. Ils découlent des droits et libertés et servent à en déterminer la portée exacte. Ils servent moins à les limiter qu'à les protéger¹. »

Aux termes du onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, la Nation doit garantir « à tous la protection de la santé ». Le juge constitutionnel en a ainsi déduit un objectif à valeur constitutionnelle de protection de la santé au fil de sa jurisprudence².

Cet objectif a ainsi maintes fois été mis en œuvre depuis le début de la crise sanitaire liée à la Covid 19. Ainsi dans sa décision du 11 mai 2020 confirmant la constitutionnalité de la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire (dont la possibilité pour le Gouvernement de confiner la population ou encore d'imposer l'isolement des malades), le Conseil a indiqué qu'« en adoptant ces dispositions, le législateur a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé³. »

Pour apprécier la portée de cet objectif, il s'agit néanmoins de s'interroger sur la définition même de la « santé ». Étymologiquement, ce terme est issu du latin *sanitas* qui signifie « santé du corps et de l'esprit ». La 9e (et actuelle) édition du dictionnaire de l'Académie française indique que la santé est « l'état de fonctionnement normal, satisfaisant d'un organisme humain ou animal » et « par extension [la] santé mentale, psychique, qui permet à un individu d'être en harmonie avec soi-même, de s'adapter à son milieu et d'entretenir des relations avec autrui ». L'Organisation Mondiale de la Santé, quant à elle, précise que la santé est « un état de complet bien-être physique, mental et social qui ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité⁴. »

En conséquence, la santé ne se réduit pas seulement à une absence de maladie ou d'infirmité mais comprend également d'autres composantes qui doivent être intégrées au contrôle de proportionnalité des atteintes à nos droits et libertés par la loi. Pourtant les décisions juridiques et politiques prises dans cette crise sanitaire ont réduit la santé à la simple biologie en occultant, à tort selon nous, ses autres aspects.

En effet les mesures de restrictions imposées par l'Exécutif entraînent et entraîneront à moyen et long termes de nombreux effets délétères sur la santé mentale et sociale des citoyens français. Santé publique France⁵ a par exemple recensé des conséquences sur les comportements alimentaires ; la consommation de tabac et d'alcool de la population à cause de l'ennui, du manque d'activité et du stress. Par ailleurs, l'isolement, la baisse d'activité physique, l'organisation du travail à domicile avec la gestion de la vie familiale ont eu des conséquences négatives sur la santé mentale des Français. L'instauration du passe sanitaire ne saurait améliorer cette situation en privant de nombreux Français d'activités physiques et sociales. Concernant l'impact sur l'économie qu'aura l'extension massive du passe sanitaire, la Fédération nationale des éditeurs de films (FNEF) a indiqué après la mise en place du passe sanitaire décidée par le décret du 19 juillet 2021 que les entrées des salles ont baissé brutalement de 70% entre mardi 20 juillet et mercredi 21 juillet. Entre la semaine du 14 au 21 juillet

¹ Pierre de Montalivet - Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Cahiers du Conseil constitutionnel n° 20, juin 2006

² Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 ou encore décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004

³ Décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020

⁴ Préambule de la constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé

⁵ [Enjeux de santé dans le contexte de la COVID-19, Santé publique France, mise à jour au 20 avril 2021](#)

et celle du 21 au 28 juillet, la fréquentation en salle a chuté de 42,4 %, à 2,2 millions de spectateurs selon le directeur général de Comscore, numéro un mondial de la mesure et de l'analyse du box-office⁶. Le chiffre d'affaires des restaurants, salles de sports et autres lieux soumis à l'extension du passe sanitaire pourrait subir le même sort. Les salles de sport font d'ailleurs déjà face à de nombreuses résiliations⁷.

Paradoxalement, l'instauration d'un passe sanitaire pourrait même aller à l'encontre de la protection de cette santé physique en privant par exemple une personne de soins programmés dans l'éventualité où elle ne pourrait pas présenter un passe sanitaire - point sur lequel l'Ordre des médecins vient d'ailleurs mettre en garde les autorités dans un communiqué de presse du 2 août 2021⁸. De même, l'interdiction de visite à une personne accueillie en établissement de santé ou médico-social irait à l'encontre de cet objectif à valeur constitutionnelle tant la solitude, plus encore de personnes fragilisées, met en péril leur santé psychique.

Quant à soumettre les mineurs à l'exigence du passe sanitaire pour des activités courantes, cela apparaît contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et à ses droits aux loisirs et à la culture nécessaires à son épanouissement comme cela a été notamment montré par le Défenseur des droits dans son avis du 20 juillet 2021⁹.

L'instauration d'un passe sanitaire pour les activités du quotidien conditionnant l'exercice de nos droits et libertés à la présentation d'une preuve de notre état de santé constitue en outre une rupture dans la philosophie de notre droit et de notre démocratie ainsi qu'un dangereux précédent. Non seulement le passe sanitaire nous fait entrer dans une société où la liberté devient l'exception et cède sa place à la restriction généralisée (laquelle se voit justifiée par la recherche de sécurité et le principe de précaution). Mais, plus grave encore, sous couvert de poursuivre cet objectif à valeur constitutionnelle, le législateur crée un outil qui fait qu'un citoyen n'est désormais libre de jouir de l'ensemble de ses droits et libertés que s'il est en mesure de produire la preuve de sa bonne santé dans l'espace public. Devra-t-on demain utiliser un passe sanitaire pour limiter l'achat d'alcool quotidien par personne ? En application du principe de précaution, on assurerait ainsi à chaque citoyen d'éviter un cancer ou une maladie cardiovasculaire et, en conséquence, une saturation des hôpitaux.

Ces atteintes inédites et disproportionnées à nos droits et libertés ne sauraient ainsi être justifiées par cet objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé.

II. L'atteinte au principe de fraternité

« La fraternité ne saurait exister sans hommes libres et égaux¹⁰ »

Le 6 juillet 2018, le Conseil constitutionnel est venu consacrer constitutionnellement le principe de fraternité dans une décision 2018-717 QPC. Désormais, les textes législatifs y seront donc soumis. Michel Borgetto, Professeur de droit à l'Université Paris II Panthéon Assas estime ainsi que : *« le principe de fraternité sera désormais appelé à être régulièrement invoqué dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois¹¹. »*

L'histoire politique et constitutionnelle de la France a fait de cette valeur un principe à part entière du droit public. Depuis la révolution française, elle a toujours fait partie de la devise la République

⁶ ["Moins d'entrées que prévu" au cinéma, selon Bruno Le Maire : la faute au pass sanitaire ?, LCI, 30 juillet 2021](#)

⁷ [Pass sanitaire : les salles de sport face à de nombreuses demandes de résiliation, LCI, 23 juillet 2021](#)

⁸ https://twitter.com/ordre_medecins/status/1422180766952431620

⁹ Avis 21-11 du 20 juillet 2021 relatif au projet de loi sur la gestion de la crise sanitaire

¹⁰ [Guy CANIVET, Conférence en l'honneur de Charles Doherty Gonthier, 20 mai 2011](#)

¹¹ [La fraternité enfin !, Michel Borgetto, Libération, 10 juillet 2018](#)

française (sauf lors de la période vichyste). La fraternité est reprise par la Constitution de la Vème République en son article 2 : « *La devise de la France est "Liberté, Egalité, Fraternité"* » et se réfère dans son préambule et dans son article 72-3 à « *l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* ».

Ce principe a ainsi permis le 6 juillet 2018 de censurer partiellement l'article L622-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) et a aboli par la même le délit d'aide au séjour aux personnes en situation illégale sur le territoire français. Néanmoins, le Conseil constitutionnel n'a pas saisi cette opportunité de définir plus précisément les contours de ce principe nouvellement dégagé.

Deux possibilités s'offrent donc aux sages :

- Retenir une conception étroite de la fraternité qui ne s'appliquerait alors que dans le cadre humanitaire, comme ce fût le cas dans la décision du 6 juillet 2018. Ce principe ne permettrait en conséquence qu'une censure d'une disposition qui viendrait modifier le CESEDA.
- Retenir une conception extensive de la fraternité : dans cette optique, ce principe pourrait faire référence à la volonté de vivre ensemble, bien plus large que la simple aide aux personnes en situation illégale sur le territoire français. Ainsi, le principe de fraternité pourrait permettre de sauvegarder la cohésion de la nation, en promouvant les notions de tolérance, de bienveillance envers autrui et d'égalité de dignité. Il empêcherait donc l'érection de frontières intérieures au sein de la République française. La consécration de cette conception de la fraternité offrirait ainsi une protection fonctionnelle à l'indivisibilité du peuple français.

Il ne fait nul doute que c'est cette dernière conception de la fraternité qui doit prévaloir dans le contrôle de constitutionnalité du Projet de loi, au risque de marquer un abandon de l'audacieuse jurisprudence initiée par la décision du 6 juillet 2018.

En effet, l'article 1er du Projet de loi conditionne l'accès aux lieux accueillant du public, à la présentation d'un passe sanitaire. Celui-ci permettrait d'assurer que l'individu qui en dispose n'est pas porteur de la Covid-19. *A contrario*, toute personne qui ne peut pas prouver qu'elle ne présente pas de risques de contamination pour autrui se voit interdire l'accès à ces mêmes lieux.

Pis encore, l'article 1er du Projet de loi confie le contrôle de cette exigence de présentation d'un passe sanitaire, aux propriétaires et gérants des lieux accueillant du public. Toute personne qui n'effectue pas ce contrôle encourt des sanctions administratives et pénales.

Ainsi, il reviendra à ces personnes la possibilité de refuser la fourniture d'un bien ou d'un service en se fondant sur le critère du risque de contamination. Cette obligation revient *de facto* à opérer une distinction sur le fondement de l'état de santé.

Pourtant, une telle différenciation constituerait une discrimination au sens des articles 225-1 et 225-2 du Code Pénal puisqu'est interdit tout refus de fourniture d'un bien ou une prestation de service en raison de l'état de santé de l'intéressé.

Ce sont d'ailleurs les craintes exprimées par le Défenseur des droits dans son avis du 20 juillet 2021, dans lequel il s'inquiète notamment du risque « *de discriminations entre les usagers de biens et services privés sur le fondement de l'un des motifs prohibés tels que l'état de santé, le handicap, mais également, l'origine ou la particulière vulnérabilité économique*¹². »

Le Conseil constitutionnel avait précisément censuré le délit dit « *de solidarité* », parce qu'il ne revenait pas au citoyen de faire une distinction selon l'origine ou la nationalité de la personne qu'il accueillait.

¹² Avis du Défenseur des droits n°21-11 du 20 juillet 2021

Ainsi, si l'on raisonne par analogie, le fait de demander aux propriétaires de lieux accessibles au public d'opérer une distinction selon l'état de santé de ses clients irait à l'encontre du principe de fraternité.

Par ailleurs, ce principe de fraternité ne saurait tolérer que les Français les plus vulnérables soient mis au ban de la République et disposent de moins de droits et libertés que leurs concitoyens alors que la crise sanitaire nécessite plus que jamais pédagogie, bienveillance et solidarité.

III. L'atteinte aux principes de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi

« *Quand la loi bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite.*¹³ »

Le respect des règles de compétences législatives, définies aux articles 34 et 37 de la Constitution, n'est pas le seul critère de constitutionnalité d'une loi : le Conseil d'Etat et de nombreux auteurs se sont d'ailleurs émus et s'émeuvent encore de la croissante complexité des lois¹⁴ qui a notamment pour conséquence d'amoindrir l'effectivité et l'efficacité de la loi.

Au fil de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel est ainsi venu reconnaître un principe de clarté de la loi, qu'il a fait découler de l'article 34 de la Constitution. Les sages ont aussi consacré deux autres objectifs à valeur constitutionnelle connexes : l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi¹⁵, se fondant tous deux sur les articles 4, 5 et 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le Conseil constitutionnel a ensuite donné la pleine effectivité à ces principes en censurant une loi qui ne respectait pas ces principes et objectifs constitutionnels¹⁶.

Ainsi, le législateur doit utiliser des termes non équivoques dès lors qu'il adopte une loi allant à l'encontre d'une liberté garantie par la Constitution¹⁷. Concrètement, le Conseil constitutionnel observe si la loi est lisible et concrétisable.

Le caractère lisible de la loi est assuré lorsque cette dernière est rédigée en des termes concis et précis. La loi ne doit ainsi créer aucune confusion dans l'esprit du citoyen, ni ajouter de « *complexité inutile*¹⁸. » S'agissant du caractère concrétisable de la loi, il impose à ce que les textes législatifs ne fixent pas des obligations imprécises conduisant à rendre les objectifs de cette loi irréalisables.

A) Sur la lisibilité du Projet de loi

Comme l'a déjà souligné le Défenseur des droits dans son avis précité, le Projet de loi comporte des « *zones d'ombre* » qui affectent son intelligibilité.

Ainsi l'article 1er du Projet de loi, qui subordonne l'accès à certains lieux, établissements, services ou événements à la présentation d'un passe sanitaire, précise que « *cette réglementation est applicable au public et, à compter du 30 août 2021, aux personnes qui interviennent dans ces lieux, établissements, services ou événements lorsque **la gravité des risques de contamination** en lien avec l'exercice des activités qui y sont pratiquées le justifie, au regard notamment de la densité de population observée ou prévue.* »

Le législateur n'indique pas ici les éléments à prendre en compte pour justifier la gravité des risques de contamination. On peut dès lors légitimement se demander sur quels critères apprécier la gravité

¹³ Rapport annuel du Conseil d'Etat de 1991

¹⁴ Rapport annuel du Conseil d'Etat de 2006

¹⁵ Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999

¹⁶ Décision n°2003-475 DC du 24 juillet 2003

¹⁷ Décision n°2005-514 DC du 28 avril 2005

¹⁸ Décision n°94-341 DC du 6 juillet 1994 et décision n°2003-486 DC du 11 décembre 2003

de ces risques. Sans précision, il reviendra au juge de les déterminer, laissant ainsi poindre l'aléa de l'arbitraire, ou au pouvoir exécutif, incompetent pour interpréter la loi.

Le Projet de loi indique par ailleurs que les voyageurs seront obligés de présenter un passe sanitaire pour les trajets de « *longue distance par transports publics interrégionaux [...] sauf en cas d'urgence faisant obstacle à l'obtention du justificatif requis* ». La nécessité de recourir au passe sanitaire dépendra ainsi du moyen de transport utilisé et du temps de trajet.

La notion de « *transports publics interrégionaux* » peut laisser dubitatif tant elle est floue. Là encore, le législateur délègue au pouvoir exécutif le soin de préciser l'étendue de l'atteinte à la liberté d'aller et venir.

Même si, face aux nombreuses interrogations et incertitudes émanant de la population, le Ministre des transports, Jean-Baptiste Djebbari, a indiqué que les « *TER, Transiliens, métros, bus essentiellement utilisés pour des motifs professionnels n'étaient pas concernés par l'exigence du passe sanitaire* », il peut tout à fait subordonner l'accès à ces transports à la présentation du passe sanitaire par simple décret, en cas d'un énième changement de situation sanitaire. Le Projet de loi laisse donc ici un blanc-seing au gouvernement quant à la restriction à apporter à la liberté d'aller et venir.

Le Projet de loi souffre aussi d'une certaine absence de clarté en raison de l'incohérence de ses dispositions concernant les lieux de restaurations soumis à la présentation d'un passe sanitaire. Il est ainsi prévu que les restaurants ne seront accessibles qu'aux personnes disposant d'un passe sanitaire. En revanche, ladite disposition exclut la « *restauration collective, la vente à emporter et la restauration professionnelle routière et ferroviaire* ».

Ainsi, une même personne pourra déjeuner dans un restaurant avec ses collègues mais ne pourra pas dîner avec ses proches le soir. Comment le citoyen peut-il comprendre une telle mesure ?

L'absence de logique et la disparité de traitement entre les acteurs nuisent à la lecture d'un Projet de loi supposé lutter contre un virus affectant la santé de tous.

B) Sur le caractère concrétisable du Projet de loi

Le législateur a inclus les centres commerciaux dans les établissements soumis à l'exigence de présentation d'un passe sanitaire.

Pourtant, dans son avis du 19 juillet 2021, le Conseil d'Etat a mis en garde le Gouvernement sur le fait que l'application de telles mesures aux grands centres commerciaux « *est susceptible de concerner tout particulièrement l'acquisition de biens de première nécessité, notamment alimentaires, et cela alors même qu'aucun autre établissement de commercial ne serait accessible à proximité du domicile des intéressés*¹⁹. » A la suite de cet avis, un amendement de la Commission Mixte Paritaire est venu amoindrir cette interdiction en offrant au préfet le soin de désigner les centres commerciaux soumis à cette obligation.

Il n'en demeure pas moins que l'accès aux centres commerciaux et aux magasins d'une superficie de 20 000 m² pourra être refusé aux personnes ne disposant pas d'un passe sanitaire. Sont ainsi concernés 21% des hypermarchés français²⁰, représentant 35% des ventes alimentaires en France²¹.

Parce qu'elle implique une rupture géographique majeure, cette mesure est *de facto* inapplicable. Elle reviendrait en effet à empêcher, les personnes territorialement dépendantes de ce type de structures,

¹⁹ Avis du Conseil d'Etat n°403.629 du 19 juillet 2021

²⁰ [LSA: 21% des hypermarchés concernées par le passe sanitaire dans les grands centres commerciaux](#)

²¹ [Statistiques INSEE sur la part de marché des hypermarché dans le commerce alimentaire](#)

de s'approvisionner en nourriture ou en fourniture scolaire pour les enfants qui effectueront leur rentrée scolaire en septembre. Cette disposition affectera donc principalement les classes populaires.